

游走于实然与应然之间 的金融纠纷非诉讼调解机制 ——以上海为例

余涛,沈伟

(上海交通大学凯原法学院,上海 200030)

摘要:金融纠纷非诉讼调解机制的建立符合纠纷解决机制多元化的发展趋势。上海金融纠纷非诉讼调解机制建设过程中最突出的问题是虚置的第三方调解机制造成了制度资源的极大浪费;证券调解机制违反了供求关系理论和司法确认非诉调解协议的法理缺失。完善上海金融纠纷非诉讼调解机制不仅能够优化资源配置,而且可以为金融市场提供合理有效的争端解决平台。具体的改进方法可以包括:整合现有制度资源以提高其利用率;根据非诉讼调解机制的性质设置不同的激励机制;以调解协议与仲裁裁决对接的方法替代司法确认的方法。

关键词:金融纠纷;非诉讼调解;行业调解;第三方调解

中图分类号:D925.114 **文献标识码:**A **文章编号:**1009-0150(2016)01-0117-12

一、引论

2012年初,国家发改委在发布的《“十二五”时期上海国际金融中心建设规划》中明确提出,“十二五”期间,上海国际金融中心建设的总体目标之一是:“基本形成符合发展需要和国际惯例的税收、信用和监管等法律法规体系,以及具有国际竞争力的金融发展环境。”具有国际竞争力的金融发展环境不仅应该包括前置性的规制工具选择,而且应该包括后置性的比较有效的金融纠纷解决体系。

20世纪以来,纠纷解决机制的多元化逐渐演变为发展趋势,并得到迅速发展和广泛认同。^①调解是多元化解纷机制中的一种。从这个角度而言,上海金融纠纷调解机制的建设总体上符合解纷机制的发展趋势。按照调解与诉讼的关系,可将调解进一步划分为诉讼调解和非诉讼调解。以调解主体为标准,非诉讼调解又可分为人民调解、仲裁调解、行政调解、行业协会调解、第三方专业调

收稿日期:2015-10-21

作者简介:余涛(1986—),男,湖北十堰人,上海交通大学凯原法学院博士研究生;

沈伟(1972—),男,江苏启东人,上海交通大学凯原法学院教授,博士生导师。

① 范愉:《司法制度概论》,中国人民大学出版社2004年版,第397页。

② 在金融混业经营与混业监管的趋势下,原有的行业性调解机制被相应地整合为统一的金融纠纷调解机制。最为典型的是英国的金融申诉专员制度,在整合保险业、银行业、证券业调解机制基础上形成一种综合性的金融纠纷解决机制。独立的第三方专业性调解机制以2011年成立的香港金融纠纷解决中心为代表,实质上是在金融纠纷市场中建立的一种偏市场化的金融纠纷解决机制,为金融消费者提供有偿的金融解纷服务。

解,等等。这些非诉讼调解机制都可被用来解决金融纠纷。但是,国外的金融纠纷调解机制形成经验表明金融纠纷调解机制更多地依靠行业协会或者第三方专业调解等自主调解。^②因此,本文讨论的非诉讼调解是指行业调解和第三方专业调解。上海金融纠纷非诉讼调解机制建设的重心也在这两种调解机制之上。^①

总体上看,我国学界对金融纠纷非诉讼调解机制的研究主要聚焦于应然层面的制度解释,缺少实然层面的针对制度运作现实的分析和解读,由此导致的问题表现在以下三个方面:

首先,应然的视角决定了金融纠纷调解机制的设计主导和建设推力主要来自于公权力机构或准公权力机构,而非当事人的真实需求。这主要是因为调解的合法性源自于作为公权力的司法权的让渡和承认,以及调解的功能性在于弥补司法权的缺失和有效应用。例如,保险纠纷非诉调解自2004年诞生以来,从全国性的保险业协会到区域的保险同业公会,都建立了比较全面的纠纷调解机制。保险纠纷非诉调解机制兴起的一个深刻背景就是国际社会上对ADR机制的重视与强调。^②我国学界在制度安排和设计的供给逻辑下,通常的研究路径是在做简要的国别制度比较研究之后,无一例外地认为我国应该引入国外的先进经验。^③同时,由于后现代主义与我国古代调解传统的耦合,进一步加剧了学界对调解文化的盲目信任和崇拜。^④这种纯理论推演忽略了保险纠纷非诉调解的现实状况,尤其忽视了当事人对非诉调解规则的内生性需求。时至今日,尚无学术成果对保险纠纷的实际运作效果进行实然层面的检验。但与保险纠纷诉讼调解制度建设类似的制度设计和理论思路却扩展到银行^⑤、证券^⑥等领域,重复着在保险纠纷领域上演的制度供给逻辑以及后现代主义所带来的虚无的文化自信。

其次,学者惯于从应然角度想当然地认为对非诉调解协议进行司法确认“有效解决了以人民调解协议为代表的非诉调解协议缺少权威性、确定性和强制性的问题”。^⑦这里的逻辑仍然是司法机构对调解让渡司法权,调解分享司法权。事实上,在我国法律语境中,仅有《人民调解法》项下的人民调解协议才能被司法确认。即便是对人民调解协议的司法确认,仍然为人诟病,原因是调解协议加以司法确认的目的在于对协议效力的保证,而非对调解的替代。^⑧同时,对非诉调解协议进行司法确认的成果却没有及时借鉴和吸收“司法确认”制度在设计和运作中存在的教训。实际上,对非诉调解协议进行司法确认的做法必须建立在对司法的强制性和调解的自愿性有机结合和准确把握之上。抛开对非诉调解协议的教义学依据不论,司法与调解基本原理的异质性就决定了不能对非诉调解协议进行简单的司法确认,强制性与自愿性的张力不仅会扭曲调解的一般规律,而且会成为不当调解案件大量出现的原因,更会违背利用非诉调解方式实现诉讼分流的原初目标——对非诉调解协议的司法确认只不过是矛盾打包转移至法院的强制执行程序,并未在实质上减少法院

① 2010年6月,中国银行业协会制定了《关于建立金融纠纷调解机制的若干意见(试行)》,要求各会员单位参照执行。上海银行同业公会随后成立了金融消费者权益保护专委会,专门负责本区域内的银行纠纷调解机制的建设与运行工作。2011年1月,上海经贸商事调解中心成立,为当事人在贸易、投资、金融、证券、知识产权、技术转让、房地产、工程承包、运输、保险等领域的各类纠纷提供解纷服务。2012年12月,最高人民法院和中国保险监督管理委员会联合发布《关于在全国部分地区开展建立保险纠纷诉讼与调解对接机制试点工作的通知》。上海市保险业建立了上海市保险合同纠纷人民调解委员会。除了上海经贸商事调解中心是第三方专业调解机制之外,其余的都是行业性的纠纷调解机制。

② 唐力、毋爱斌:《法院附设诉前调解的实践与模式选择——司法ADR在中国的兴起》,《学海》2012年第4期。

③ 程金华:《中国行政纠纷解决的制度选择——以公民需求为视角》,《中国社会科学》2009年第6期。

④ 姚志坚:《法制现代化进程中的法院调解——对我国法院调解重兴现象的法理分析》,《南京社会科学》2005年第6期。

⑤ 朱小川:《银行业消费者投诉途径及非诉争端解决机制——以英美等国为例》,《金融理论与实践》2013年第8期。

⑥ 胡改蓉:《证券纠纷解决机制多元化的构建》,《华东政法大学学报》2007年第3期。

⑦ 王俊友、常志峰:《大调解视野下非诉调解协议司法确认机制的定位与进路》,《公民与法》2012年第12期。

⑧ 潘剑锋:《论司法确认》,《中国法学》2011年第3期。

的压力。对于当事人来说,从形式上似乎是降低了“获取正义”的门槛,提高了纠纷解决效率,实际上这种将矛盾从左口袋放入右口袋的做法,又变异为当事人获取正义的障碍,影响了纠纷解决的效率。

第三,对金融纠纷诉讼调解的研究呈现出两极化的趋势。其一,研究相对滞后,通常以国外制度作为研究对象和参照系,多数作品处于对国外相关经验进行译介性介绍^①或者论证金融纠纷非诉调解意义和合理性的阶段。^②其二,研究过于超前,这主要表现为基于自由市场理念利用非诉调解机制对“金融消费者”权益保护的研究方面。^③目前,金融消费者仍是一个内涵及外延都模糊不定的政策性概念,很难被纳入以金融抑制为理论框架的金融法律体系之中。造成这种既有滞后又有超前的矛盾主要可以归因于对金融纠纷非诉调解机制的研究脱离了我国金融纠纷非诉调解的现实,未能对金融纠纷非诉调解的“实然”状态予以准确把握。不当的超前或滞后的研究加大了成果转化的难度,使得学术研究重复集中在应然层面,而忽视实然效果。

本研究试图对这一研究视角的失衡做实然回归,强化金融纠纷解决机制理论研究的本土色彩,坚持实证方法,对上海金融纠纷非诉调解机制运行中所存在的问题进行宏观上的诊断,并提出具有针对性的纠偏对策。本文选择上海作为研究对象的主要原因在于上海是中国的经济中心,金融生态最为发达,上海金融纠纷非诉调解机制所存在的问题基本上可以比较准确和全面地反映我国金融纠纷非诉调解机制已经存在或者可能存在的问题。这些问题的解决,对于建立起全国性的或者区域性的金融纠纷非诉调解机制具有重要的示范意义。

二、上海金融纠纷非诉讼调解机制所存在的问题

(一)第三方调解机制的虚置

上海经贸商事调解中心^④自2011年1月成立至2012年2月的一年间,“共接待各类商事调解纠纷案件10起;咨询5起,其中出具咨询意见书3起;正式立案3起,其中办结1起,尚在办理1起,申请人撤回申请1起;协助法院工作2起”。^⑤调解中心没有披露2012年和2013年收案数等情况。2014年全年,调解中心总共受理109件案件,其中金融借款合同纠纷58件。^⑥从前述公开的数据来看,调解中心从成立到2014年,其收案数有较大幅度增长,增长率达到900%。但是如果将其与上海市2014年金融商事纠纷一审收案数(54586件^⑦)相比,调解中心的收案数显然很少。更

^① 参见李婧:《我国台湾地区金融消费者保护制度的最新发展及启示》,《政治与法律》2011年第12期。刘颖:《日本金融ADR制度:发展与评价》,《现代日本经济》2012年第4期。柳鸿生:《澳大利亚金融消费纠纷非诉调解机制借鉴》,《中国经济周刊》2015年第4期。

^② 董新义:《论金融纠纷的行业与诉讼联动调解》,《法律适用》2011年第12期。

^③ 参见杜晶:《“金融消费者”的界定及其与金融投资者的关系》,《中国青年政治学院学报》2013年第4期。杨东:《论金融服务统合法体系的构建——从投资者保护到金融消费者保护》,《中国人民大学学报》2013年第3期。马建威:《金融消费者法律保护:以金融监管体制改革为背景》,《政法论坛》2013年第6期。吴弘:《金融纠纷非讼解决机制的借鉴与更新——金融消费者保护的视角》,《东方法学》2015年第4期。

^④ 上海经贸商事调解中心经上海市商务委、上海市社团局批准,于2011年1月8日正式成立,是独立的第三方商事调解机构。根据2014年6月6日上海市社会团体管理局对调解中心变更登记决定书回复可知,调解中心在法律性质上属于“非营利性社会服务活动的社会组织”。但是,考察调解中心的运作模式尤其是收费模式后,我们认为调解中心属于市场化的调解机构,其“非营利性”的性质使其区别于一般的公益性组织。

^⑤ <http://stj.sh.gov.cn/Info.aspx?ReportId=1d6cf938-e9c4-43ec-870f-4a559045e12f>,2014年9月25日访问。

^⑥ 王凤梅、谢珊娟:《上海经贸商事调解中心已成“中国经验”》, http://www.jfdaily.com/zt/2040_781/114/201505/t20150520_1524244.html,2015年9月5日访问。

^⑦ 参见《2014年度上海法院金融商事审判情况通报》。

为重要的是,截至2015年,到中心调解的案件主要是法院的诉前调解。^①这说明,促使调解中心收案数增长的原因并非是纯市场因素(即在没有任何外力作用下,由当事人主动选择将纠纷诉至调解中心),而是在法院的介入或帮助下,才使得该机制的收案数有所增长。换言之,如果没有法院的干预,调解中心的市场接受度将面临严峻挑战。作为一个“始终遵循市场规律,自收自支,自负盈亏”的“民非”机构,调解中心在2014年共“收取调解费用共计111万元人民币,接受捐赠220.1万元人民币”。^②如此规模的营收与“遵循市场规律,自收自支,自负盈亏”的定位有很大反差,这进一步说明了调解中心利用率低的现状。当初的构想——“它将为国内企业组织以及在沪的国际企业组织和机构的商事纠纷提供快捷、高效、经济、灵活的服务,与当事人双方制定‘案结事了’的解决方案”^③——因实务界对该平台需求不足而未能实现。

即便如此,仍有学者呼吁要建立上海金融调解中心。^④上海市政府在2014年9月15日发布的《关于本市进一步促进资本市场健康发展的实施意见》中更强调,要在上海“设立第三方金融纠纷调解中心,建立公平、公正和高效的纠纷解决机制,多元化解决资本市场纠纷”^⑤。

(二) 证券调解机制违反了供求关系理论

我国证券纠纷诉讼经历了驳回起诉、暂不受理、有条件受理等阶段。^⑥因为法院各种公开或不公开的“司法政策”而得不到受理的案件,不一定比诉至法院的案件数量少,^⑦所以在诉讼渠道不畅通的情况下,非诉调解机制应该蓬勃发展,以弥补诉讼机制的缺位。然而,截至2012年6月,中国证券业协会才发布《中国证券业协会证券纠纷调解工作管理办法(试行)》。2013年12月,上海证监局指导上海市证券同业公会设立证券纠纷调解专业委员会,旨在解决证券纠纷。证券纠纷调解机制对证券纠纷解决市场需求的迟钝反应,至少说明调解并不是市场主体最为迫切的制度需求。更何况中国国际贸易促进委员会调解中心以及上海经贸商事调解中心可以为证券纠纷提供调解服务。如果这两个纠纷调解中心再与上海市证券行业调解机制竞争案源的话,那么后者的实际功用将会被进一步削弱。

(三) 司法确认非诉调解协议的法理缺失

我国法律和司法解释仅规定了对人民调解协议可以进行司法确认。2002年最高人民法院颁布的《关于审理涉及人民调解协议的民事案件的若干规定》第1条规定:“经人民调解委员会调解达成的、有民事权利义务内容,并由双方当事人签字或者盖章的调解协议,具有民事合同性质。当事人应当按照约定履行自己的义务,不得擅自变更或者解除调解协议。”2010年施行的《人民调解法》第33条第1款规定:“经人民调解委员会调解达成调解协议后,双方当事人认为有必要的,可以自调解协议生效之日起三十日内共同向人民法院申请司法确认,人民法院应当及时对调解协议进行审查,依法确认调解协议的效力。”到目前为止,《民事诉讼法》及其他法律并未规定法院可以对第三方调解协议和行业调解协议进行司法确认。

2009年最高人民法院颁布的《最高人民法院关于建立健全诉讼与非诉讼相衔接的矛盾纠纷

① 王凤梅、谢珊娟:《上海经贸商事调解中心已成“中国经验”》, http://www.jfdaily.com/zt/2040_781/114/201505/t20150520_1524244.html, 2015年9月5日访问。

② 《上海经贸商事调解中心:填补商事纠纷调解空白》, <http://www.wtoutiao.com/p/s10CjC.html>, 2015年9月5日访问。

③ <http://www.scmc.org.cn/>, 2014年10月11日访问。

④ http://www.law-lib.com/hzsf/lw_view.asp?no=12465&page=2, 2014年9月30日访问。

⑤ http://sjr.sh.gov.cn/shjrbweb/html/shjrb/xwzx_jryw/2014-09-15/detail_101256.htm, 2014年9月30日访问。

⑥ 于寅生:《论证券集团诉讼与我国证券诉讼制度的完善》,《经济研究导刊》2015年第9期。

⑦ 黄韬:《中国法院受理金融争议案件的筛选机制评析》,《法学家》2011年第1期。

解决机制的若干意见》第20条规定：“经行政机关、人民调解组织、商事调解组织、行业调解组织或者其他具有调解职能的组织调解达成的具有民事合同性质的协议，经调解组织和调解员签字盖章后，当事人可以申请有管辖权的人民法院确认其效力。”第25条规定：“人民法院依法审查后，决定是否确认调解协议的效力。确认调解协议效力的决定送达双方当事人后发生法律效力，一方当事人拒绝履行的，另一方当事人可以依法申请人民法院强制执行。”2012年最高人民法院发布的《关于扩大诉讼与非诉讼相衔接的矛盾纠纷解决机制改革试点总体方案》第11条规定：“落实调解协议的司法确认制度。经人民调解委员会调解达成协议的，当事人根据《中华人民共和国民事诉讼法》第33条的规定共同向人民法院申请确认人民调解协议的，人民法院应当依法受理。经行政机关、商事调解组织、行业调解组织或者其他具有调解职能的组织调解达成的协议，当事人申请确认其效力，参照《最高人民法院关于人民调解协议司法确认程序的若干规定》办理。”2012年最高人民法院、中国保险监督管理委员会联合发布的《关于在全国部分地区开展建立保险纠纷诉讼与调解对接机制试点工作的通知》规定了当事人可以申请法院对保险纠纷调解协议进行司法确认。这些规范性文件说明最高人民法院等有扩大适用司法确认范围的倾向和趋势。

《最高人民法院关于司法解释工作的规定》第6条规定：“司法解释的形式分为‘解释’、‘规定’、‘批复’和‘决定’四种。”这说明，前述“意见”、“方案”和“通知”等规范性文件并不属于司法解释的范畴。《最高人民法院关于司法解释工作的规定》第5条规定：“最高人民法院发布的司法解释，具有法律效力”。这种有限列举的方式，否定了此处“意见”、“方案”和“通知”的法律效力。所以，对行业调解协议和第三方专业调解协议进行司法确认的做法并无法律依据，其法理基础存疑。

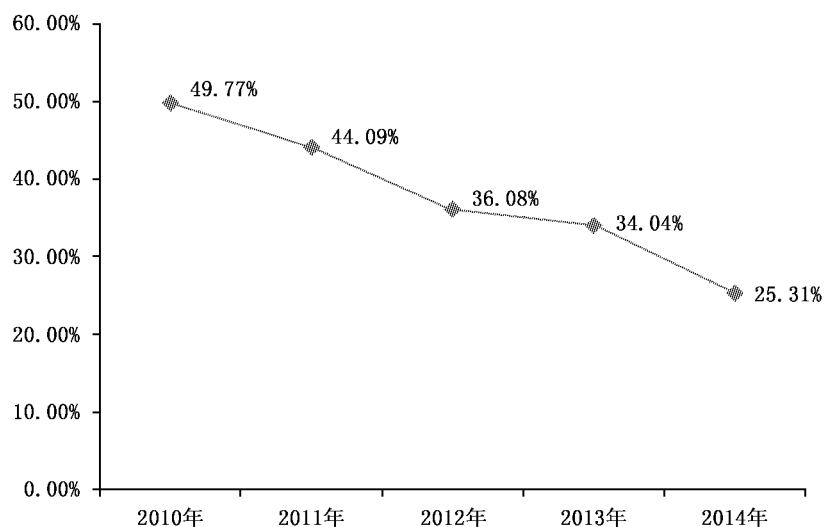
三、上海金融纠纷非诉讼机制失灵的原因

(一)金融消费者对非诉调解机制的主动接受度较低

图1表明，自2010年至今，金融商事案件的调撤率逐年下跌。剔除客观调解不能（如缺席判决等）之外，“诉调对接制度的不断推进和完善，使得部分案件在诉前即获解决”。这里有一个不可忽视的因素就是：法院等其他机构对金融消费者选用非诉调解机制具有的决定性影响。如果剔除各种“诉调对接”和“委托调解”机制的影响，那么当事人主动选用非诉调解机制的情况可能就少之又少了。比如，据公开数据显示，上海市法院2012年受理证券纠纷类一审案件仅有49起，2013年有76起，2014年为246起。^①这说明，证券诉讼在上海市仍极为小众，按理说因为证券诉讼压制的大量证券纠纷会导致调解机制的受案数井喷式发展。然而，2013年上海证券纠纷调解机制年办案量仅为3起案件，而且其中2起还是中证协纠纷调解中心转办案件，只有1起是投资者来电投诉。^②造成这种反差的合理解释就是金融消费者对非诉调解机制的主动接受度较低，进入非诉调解的金融商事纠纷案件主要是通过法院等渠道接入的，而非当事人的主动选用。

^① 参见《2012—2013 上海法院证券、期货、信托纠纷案件审判情况通报》和《2014 年度上海法院金融商事审判情况通报》。

^② 《稳步推进证券纠纷调解工作 成功调解 3 起证券纠纷》，http://www.ssacn.org.cn/SSACN/SSACN_SITE/ViewArticle.aspx?id=6159，2015年9月5日访问。

图1 2010年至2014年上海法院一审金融商事案件调撤率^①

(二)金融消费者对诉讼方式的偏好压制了非诉调解的生长空间

据表1可知,2010年至2013年间,上海市金融消费者^②作为原告的一审纠纷收案数的绝对数量逐年上升,年均增长率为51.4%。一审原告为金融消费者案件数量相对于一审金融纠纷案件总量的相对数量也呈上升趋势。金融消费者作为原告的一审纠纷收案数的绝对数量和相对数量逐年增长的现实说明金融消费者选择诉讼途径维护权益的意识逐渐加强。

金融消费者对诉讼的偏好与对非诉调解的低接受度形成了鲜明对比。金融消费者越来越强烈的诉讼维权意识,压制了原本就比较薄弱的非诉调解的生长空间。

表1 2010年至2013年一审原告为金融消费者的案件情况统计^③

	2010年	2011年	2012年	2013年
一审原告为金融消费者的案件数量	515件	660件	1089件	1754件
一审金融纠纷案件收案数量	8850件	9818件	17526件	22987件
一审原告为金融消费者的案件占一审金融纠纷案件收案数的比例	5.82%	6.72%	6.21%	7.63%
一审原告为金融消费者案件的年增长率	缺失	28.16%	65.00%	61.07%

(三)金融机构对诉讼方式的偏好

以银行业纠纷为例,涉银行纠纷通常包括两类:银行卡纠纷和金融借款合同纠纷。在2011年至2014年四年间,这两类纠纷的一审收案数占金融商事案件一审收案数的比例分别是80.45%、83.98%、89.27%和90.64%。^④

^① 参见《2014年度上海法院金融商事审判情况通报》。

^② 金融消费者在中国是一个尚有争议的概念。借用消费者保护的概念,界定金融消费者应坚持的核心理念是倾斜保护。由于金融交易双方存在巨大的信息不对称以及“金融抑制”,交易双方的地位处于不平等状态,金融消费者处于交易劣势地位。以金融消费者保护作为金融规制依据和政策出发点在中国金融语境中存在难以克服的实现障碍。马建威:《金融消费者法律保护:以金融监管体制改革为背景》,《政法论坛》2013年第6期。杨东:《论金融服务统合法体系的构建——从投资者保护到金融消费者保护》,《中国人民大学学报》2013年第3期。李婧:《我国台湾地区金融消费者保护的最新发展及启示》,《政治与法律》2011年第12期。

^③ 据《2010—2013年上海法院涉金融消费者权益纠纷案件审判情况通报》整理而成。

^④ 参见《2014年度上海法院金融商事审判情况通报》和《2014年度上海法院金融商事审判情况通报》。

选择银行业为例进行说明,是因为涉银行纠纷占据了金融商事纠纷的绝大多数,具有代表性。对占据金融商事纠纷绝对比例的涉银行纠纷的当事人之一——银行的态度进行分析,基本上代表了金融机构对诉讼的态度。

有实证研究以48家银行或其分支机构为调研对象,以问卷调查方式研究了银行的解纷机制选项,调查结果详见表2。

表2 银行选择解纷方式的比例(偏好)^①

解纷方式	协商 ^②	调解	仲裁	诉讼	协商与仲裁	协商与调解	协商与诉讼	三种以上的方式
选择解纷方式的银行数量(家)	7	1	1	13	1	5	6	14
选择不同解纷方式的银行占银行总数的比例	14.58%	2.08%	2.08%	27.08%	2.08%	10.42%	12.5%	29.17%

表2说明,只有极少数银行选择采用调解的解纷方式,大多数银行更倾向于用诉讼的方式解决纠纷。调解在银行业纠纷中并不受欢迎,^③不是金融机构的制度需求,这在一定程度上影响或限制了调解机制功能的发挥。

(四)我国法制建设经验主义合理性传统促使对调解进行大规模的司法确认

非诉讼调解协议履行与否,主要依赖于当事人的自愿。为了提高调解协议的履行率,实践中的普遍做法就是对其进行司法确认,以赋予其强制执行效力。^④ 对非诉讼调解协议进行司法确认的做法虽然没有明确的法律依据,但是我国有权力的机关又没有完全禁止这种做法。这主要是因为我国有法律试行和制度试点的传统。法律试行和制度试点的意义在于:一方面它能预先测定社会上各方面的利益要求,保证我国社会秩序的相对稳定性;另一方面能估量法律公布后的社会影响和实施,便于立法和执法机关就种种反馈信息(意见)做出积极回应,收集必要的立法和执法信息。^⑤ 对非诉讼调解协议进行司法确认的正当性基础不在于制度的合法性,而在于我国自改革开放以来所坚持的制度建设的经验主义合理性。邓小平同志曾说:“有些问题,中央在原则上决定以后,还要经过试点,取得经验,集中集体智慧,成熟一个,解决一个。”^⑥ 早在1987年,深圳特区就尝试土地使用权有偿转让制度,我国1982年《宪法》是禁止对土地使用权进行转让的。由于这种试探性的做法带来了巨大实益,在1988年修宪的时候,我国就明确承认了土地使用权可以依法转让。^⑦ 现今对非诉讼调解协议进行司法确认的做法,正是秉承了我国改革开放以来,制度建设边干边学,不断改进的经验主义路径。深谙中国法制建设规律的“制度企业家”们,为了追求制度创新收益,都争先恐后地推进了对非诉讼调解协议进行司法确认的实践。

^① 于朝印:《商业银行金融仲裁:困境与出路——基于山东省调研案例》,《西部金融》2013年第4期。

^② 这里的“协商”实际上就是“和解”。

^③ 本处虽然引用的是基于山东省的调研数据,并不能完全代表上海市的情况,但是因为我国商业银行基本都是遵循“总行——一级分行——二级分行——支行”的运作模式,这种运营网络覆盖全国。各银行内部都有严格的汇报制度,具体的涉诉、纠纷解决情况等都须上报。上级银行再根据下级银行反映的情况制定出统一的应对规则。在这样的架构中,银行在应对纠纷解决的规则选择上具有趋同性。因此,山东银行业的纠纷解决取向基本上可以代表或者至少反映上海银行业的纠纷解决态度。

^④ 刘敏:《论诉讼外调解协议的司法确认》,《江海学刊》2011年第4期。

^⑤ 谢乃煌、丘国中:《法律试行的成本效益分析》,《政法学刊》2011年第1期。

^⑥ 《邓小平文选》(第2卷),人民出版社1994年版,第341页。

^⑦ 张建伟:《“变法”模式与政治稳定性——中国经验及其法律经济学含义》,《中国社会科学》2003年第1期。

四、解决上海金融纠纷非诉调解机制失灵的路径

(一)整合现有制度资源以提高利用率

上海金融纠纷非诉讼调解机制的建设不应该把重心放在建立新的调解机制或平台上,而是应该把重心放在如何整合和重配现有的平台资源,提高现有调解机制的利用效率。具体来说,可行的路径包括:

第一,不要急于建立新的独立的第三方纠纷调解机制或平台,充分发挥上海经贸商事调解中心的作用。调解中心的调解范围包括当事人之间在贸易、投资、金融、证券、保险、知识产权、技术转让、房地产、工程承揽、运输以及其他商事等领域的争议。^①按照这样的设计,现有的金融纠纷基本都可以在该中心得到解决。正如前文所述,上海经贸商事调解中心并没有发挥预想的效用,造成了资源的浪费。上海市当下金融纠纷调解工作的重点之一应该是由监管机构适当地将金融纠纷引导至该中心进行解决。

第二,不要急于建立新的行业类的纠纷调解机制,重点利用和发展已建成的保险纠纷、银行纠纷以及证券纠纷调解机制。一方面,这可以逐步改变既有制度规则供过于求的现状,提高现有制度的运行效率,以降低制度的运行成本;另一方面也可以在这三个比较成熟的领域进行纠纷调解机制的试验,摸索出一套兼具效率与公平的纠纷调解机制,为期货、信托等其他纠纷调解机制的建立积累经验。当然,保险、银行以及证券纠纷也可以提交至上海经贸商事调解中心进行解决。有些学者建议应先在我国各金融领域建立起行业性的申诉专员制度,在时机成熟时过渡到综合型的申诉专员制度。^②金融申诉专员制度包括了调解制度。按照这一逻辑,该建议支持我国建立行业性调解机制。但是,这种思路仍然罔顾了我国金融纠纷解决机制效率低下的现实,故不可取。

(二)金融纠纷非诉讼调解激励机制的设置

1. 行业性调解机制的激励及其误区的避免

市场性的调解机制应该有市场性的激励方法,行政性的调解机制则应该有行政性的激励方法。“我国行业组织历史悠久,但近代以后的发展不如欧洲那样具有自治性,而是在官府的控制下发挥作用。”^③不论是从人员配置还是经费来源来讲,我国行业组织遵循的基本是行政化的运作规律。在对行业协会性的金融纠纷调解机构的考评也体现了行政化的考评模式。最重要的表现就是行业协会性的金融纠纷调解机构所提供的调解服务相当于一种公共产品,这种服务的价格不能根据市场机制决定。监管部门需要保证行业性纠纷调解机构有充足的经费、人员配备等。由于我国行业协会的行政化特性,这些协会通常背负了行政机构的某些功能使命。因此,我国行业协会性的调解机制的工作目标是为金融消费者提供调解服务。该目标所遵循的基本准则是尊重与维护调解的基本原理和规律,严格依照调解的自愿性和处分性原则为当事人提供调解服务。在具体的制度规则方面,行业性的纠纷调解机制一方面要坚持金融消费者启动纠纷调解机制的免费原则,另一方面则应采取调解机制启动和终止的单方强制原则。换言之,启动和终止都应由金融消费者单方决定,金融机构必须接受。就裁决结果而言,应对金融机构有单方约束力,只要金融消费者接受调解结果,则金融机构必须接受;金融消费者不接受调解结果,可以继续启动其他救济机制。这种制度设计是

^① <http://stj.sh.gov.cn/Info.aspx?ReportId=6e31dfab-8366-4052-aca4-2b1642dd08c9>, 2014年11月1日访问。

^② 杨东:《论我国证券纠纷解决机制的发展创新——证券申诉专员制度之构建》,《比较法研究》2013年第3期。

^③ 孙笑侠:《论行业法》,《中国法学》2013年第1期。

贯彻对金融消费者倾斜保护理念的重要体现。^①

2. 市场化调解机制的激励及政府的适度干预

上海经贸商事调解中心是上海目前最主要的市场化的纠纷调解机构。该中心之所以“空转”，根本原因就在于这种制度缺乏应有的市场基础，并没有形成将调解作为一种优化选择机制的运作环境。在金融纠纷调解市场，最主要的两个主体是服务提供者和金融消费者。要解决金融纠纷调解市场疲软的问题，应该从这两个主体着手。

第一，市场对服务提供者的最大激励莫过于能够从其所提供的服务中赚取相应的利润。《上海经贸商事调解中心收费办法》(试行)详细规定了案件登记费以及调解费的收费方式和标准。这实际上是服务提供者提供相应调解服务的价格指引，也是促使服务提供者进入调解市场的核心动力所在。上海经贸商事调解中心的收费方式与2011年在香港成立的香港金融纠纷解决中心的收费方式极为相似，比如香港金融纠纷解决中心向金融消费者提供解纷服务的价格大约是在4小时以内的收取1000港元或者2000港元，超出4小时的则以每小时750港元或1500港元的标准收取^②，而上海经贸商事调解中心则是每小时最低收费在3000元人民币以上^③。就服务价格来看，上海的要比香港贵。有学者跟踪考察了香港金融纠纷解决中心自其成立后的半年内的运行情况，发现中心收案量偏少，主要原因之一就是服务费用的价格定得过高。^④价格机制在调解资源配置与利益分配功能上的失灵，必须由政府采用法律、行政等非价格手段对价格进行管制和调整。^⑤上海经贸商事调解中心收案量过小的原因之一也是因为服务价格太高，金融消费者的调解服务需求与制度供给之间出现了偏差。因此，政府对于上海经贸商事调解中心服务定价机制需要有适度干预，对调解服务收费实行价格上限管制，以激励金融消费者对该平台的选择。

第二，金融消费者的主要目的是能够从调解市场中购买到质优价廉的调解服务，能够高效地解决纠纷。但是在金融纠纷调解市场形成的初期，金融消费者对这种新型的 market 化的解纷方式尚难接受，金融消费者的纠纷服务消费意识尚未形成，在一定程度上影响了上海经贸商事调解中心的运行。上海经贸商事调解中心完全市场化运行的前提条件并不成熟，市场机制的失灵应该由政府之手予以矫正。具体的做法是：其一，该机制的初创运行阶段不能完全靠服务收费制度支撑，中心应该适当降低服务费率，以监管机构为中心向市场化过渡提供一定的资金支持。比如香港金融纠纷解决中心成立费用及前三年(2012年1月1日至2014年12月31日)的运营经费由政府、金管局和证监会提供；2015年1月1日起，中心运营经费由金融机构提供，并按公平及公正的方式进行分担。^⑥其二，监管机构、行业协会等应加强对市场化的调解机制的宣传，有意识地引导和鼓励金融消费者进入市场化的解纷市场，培养金融消费者的调解服务消费意识，提高金融消费者对该机制的认可度。

(三) 对接调解协议与仲裁裁决是强化调解协议效力的有效途径

1. 调解协议与仲裁裁决对接的先例

为了克服履行调解协议自愿性低的缺陷，现实中发展出了调解协议与仲裁裁决相对接的做法。深圳证券期货业纠纷调解中心《调解规则》第17条规定：“当事人达成调解协议的，为使调解协议的

① 杨东：《论我国证券纠纷解决机制的发展创新——证券申诉专员制度之构建》，《比较法研究》2013年第3期。

② 杨东、文诚公：《香港金融纠纷解决机制的新发展及其对内地的启示》，《首都师范大学学报》(社会科学版)2013年第3期。

③ <http://www.scmc.org.cn/application.aspx?CID=13>, 2014年10月2日访问。

④ 杨东、文诚公：《香港金融纠纷解决机制的新发展及其对内地的启示》，《首都师范大学学报》(社会科学版)2013年第3期。

⑤ 赵凌云：《经济学通论》，北京大学出版社2005年版，第97页。

⑥ 孙天琦：《港台加拿大金融消费纠纷第三方调解机制及启示》，《西部金融》2013年第8期。

内容具有可强制执行的法律效力,任何一方当事人可依据调解协议中的仲裁条款,申请深圳国际仲裁院根据其仲裁规则的规定,按照调解协议的内容依法快速作出仲裁裁决。”深圳证券期货业纠纷调解中心的特色就在于通过仲裁裁决的形式来保证调解协议的强制执行效力,这不仅保证了调解协议在国内通过法院的力量得到强制执行,而且可以依照联合国《关于承认及执行外国仲裁裁决公约》在149个国家得到强制执行。^①

深圳证券期货业纠纷调解中心与一般的调仲对接模式都将调解作为仲裁的前置性程序,无法达成调解协议的,则直接转入仲裁模式。这与一般的调仲结合模式的根本性区别在于仲裁机构对待成功的调解协议的态度上,深圳模式可以直接根据调解协议的内容制作仲裁裁决书;而一般的调仲结合模式中并不能根据调解协议的内容制作仲裁裁决书,如果一方当事人反悔,则另一方当事人只能请求法院对调解书进行司法确认或者重新通过仲裁、诉讼等其他途径维权。

2. 调解协议与仲裁裁决对接的法理解读

深圳证券期货业纠纷调解中心将调解协议与仲裁裁决对接起来的前提是尊重当事人的意思自治,并不违背金融调解的基本运作规律:首先,就调解协议与仲裁裁决的对接时点来看,调解中心制作调解协议后,直至当事人协议内容履行完毕之前,当事人都可以在平等协商的基础上,提请深圳国际仲裁院依据调解协议的内容制作仲裁裁决。在提请深圳国际仲裁院依据调解协议的内容制作仲裁裁决书的整个过程中,当事人的履行合意并没有破裂。而对调解协议的司法确认是在当事人的履行合意破裂之后,司法权才强势介入,此时当事人对调解协议的履行已经完全没有共识了。

其次,就纠纷当事人在对调解协议和仲裁裁决相对接以及对调解协议进行司法确认的过程中所扮演的角色来看,当事人的充分合意在前者情况下起到了决定性作用,如果没有当事人的合意,调解协议是不可能成为仲裁裁决书的依据的,在这一过程中,当事人的自愿性和合意性得到了充分尊重;而在后者情况下,只有当事人不履行或者不完全履行协议内容时,才能提起司法确认,提请司法确认的往往只是纠纷当事人一方的单方行为,并不存在当事人双方的合意,也就是说仅仅由当事人一方的行为即可启动国家强制力的介入。

最后,现代商事仲裁与调解的趋同性为二者在制度机理方面的嫁接提供了天然的便利条件,但又不会因此而混同二者的基本制度价值和运作机理。在国际商事仲裁领域,仲裁意思自治原则的适用范围不断扩大:选用准据法解决仲裁协议的有效性(当事人行为能力问题除外)以及决定仲裁适用的程序法。当事人享有高度的意思自治是当代国际商事仲裁发展的重要趋势。^② 调解和仲裁的共同特点就在于高度的意思自治性。调解的意思自治性贯穿于整个调解过程,包括调解协议的履行与否,都由纠纷当事人自我决定;仲裁意思自治与调解意思自治的本质差别就在于仲裁方式的一裁终局性和仲裁裁决的强制性。调解和仲裁解纷过程的趋同性越来越强,解纷结果的性质将在根本上决定调解与仲裁的区别。将调解协议与仲裁裁决进行对接,也仅仅是基于纠纷当事人的自我处分权,给纠纷当事人提供了一种新的可选的解纷方式。

对非诉讼调解协议进行司法确认的做法虽然有经验主义的合理性,但缺陷也很明显:多元立法主体(包括最高人民法院、保监会、银监会、证监会等)的利益存在多元化,“可能会造成法律冲突和互相矛盾,并且各地方、各部门有可能形成地方保护主义,破坏法律的统一性、完整性,造成公众预期混乱,进而造成一些跨地区、跨部门的交易因规则混乱而无法达成契约”^③。

① <http://www.sfdrc.cn/CN/DetailPub.aspx? NodeCode=101036002&id=100000063291129>,2014年9月26日访问。

② 杜新丽:《国际民事诉讼与商事仲裁》,中国政法大学出版社2009年版,第152—153页。

③ 张建伟:《“变法”模式与政治稳定性——中国经验及其法律经济学含义》,《中国社会科学》2003年第1期。

3. 调解协议与仲裁裁决对接的现实基础及路径

将金融纠纷调解协议与仲裁裁决对接起来,一方面借助仲裁方式的一裁终局性和仲裁裁决的强制性解决调解协议效力软弱的问题;另一方面顺应纠纷解决国际化的需求。在上海建设国际金融中心的进程中,金融纠纷也必然呈国际化趋势,上海应建立起有效的国际化的纠纷解决机制。顺应现实的需求,上海可以考虑建立起调解协议与仲裁裁决对接制度。在硬件方面,上海国际仲裁中心已经建立了一套成熟的运行规则,基本可以保证相应的制度供给。此外,可以借助上海经贸商事调解中心的既有构架,在其调解规则中增添依据调解协议的内容提请上海国际仲裁中心制作仲裁裁决书的条款即可。在软件方面,经过20多年的发展,上海国际仲裁中心“以独立、公正、专业、高效的仲裁服务为当事人解决争议,在国内外享有较高的声誉”。^①

五、结 语

一项制度的设计和建立,必须考虑不同价值之间的有效平衡。金融纠纷调解机制的建立也应处理好制度效率价值和公正价值的关系。效率价值主要表现为要有一定数量的调解机制以供纠纷当事人进行选择。公平价值主要表现为调解机制的建设必须着眼于纠纷解决的效果。具体来说,金融纠纷调解机制的建立应遵循如下四个标准:第一,有多种解纷方式可供金融消费者选择适用;第二,金融消费者能够很方便地启动解纷机制;第三,解纷机制能够低成本且高效率地运行;第四,解纷效果能获得金融消费者的认同。前三个标准可称为形式标准,主要是为了制度效率价值的实现。最后一个标准可称为实质标准,主要是为了保证制度公平价值的实现。从理论上讲,上海市金融纠纷非诉调解机制在数量上基本可以做到为金融消费者提供足够的解纷渠道,也考虑到要使金融消费者能够便利地启动相应的救济机制。但是,现有的调解机制忽略了对后两条标准的追求。目前的解纷机制和平台占用了大量的公共资源,却起不到解纷的实际作用。究其原因是制度设计忽略了供求规律的基本逻辑,导致制度平台虚置和空转。

正如本文分析,应然的逻辑是权力配置,而实然的逻辑是市场资源配置。上海金融纠纷调解机制的总体供应远大于市场对其的需求。现实需求的不足至少说明制度供求过剩,已有机制的运行成本比较高,制度资源浪费情况比较严重。上海市金融纠纷非诉调解机制处于初创期,制度运行效果如何还有待日后的跟踪评估。上海市金融纠纷非诉调解机制在现阶段急需解决的问题是整合现有制度资源,提高现有制度的利用效率,同时要采用调解协议与仲裁裁决相对接的方式避免公权力对调解机制运作机理的异化。

Non-litigation Mediation Mechanism in Resolving Financial Disputes Wandering between Law as It Is and Law as It Ought to Be: An Empirical Study of Shanghai

Yu Tao, Shen Wei

(KoGuan Law School, Shanghai Jiao Tong University, Shanghai 200030, China)

Abstract: The establishment of non-litigation mediation mechanism in resolving financial dis-

^① <http://www.cietac-sh.org/About.aspx?tid=2>, 2014年9月26日访问。

putes adheres to the trend of diversifying the dispute settlement mechanisms. However, when it comes to Shanghai, it easily sees these prominent problems: the third-party mediation mechanism has caused great waste of institutional resources; securities mediation mechanism violates the basic economics principle of supply and demand; judicial confirmation of non-litigation mediation agreements could distort some basic norms in mediation law. The completion of Shanghai non-litigation mediation mechanism in resolving financial disputes not only can optimize resources allocation, but also provides reasonable and effective dispute settlement platforms for financial markets. Specific improvement measures are as follows: firstly, current institutional resources should be integrated to enhance the usage efficiency; secondly, various incentives can be offered according to the features of non-litigation mediation mechanisms; last but not least, the docking of conciliation agreements and arbitration awards replace judicial confirmation.

Key words: financial dispute; non-litigation mediation; industry mediation; the third-party mediation

(责任编辑:海 林)

(上接第 24 页)

Arts Funded by Governments: Support and Opposition

Shan Shilian¹, Liu Shuliang²

(1. School of Media and Design, Shanghai Jiao Tong University, Shanghai 200240, China;
2. College of Public Administration, Nanjing Agricultural University, Jiangsu Nanjing 210095, China)

Abstract: Whether the governments should fund the arts and how to fund the arts is an important topic in the contemporary cultural policy and theory. From the perspective of cultural history, all kinds of support methods cannot fully meet the needs of the arts. Although most governments in the civilized world continue to support or subsidize the arts, there are a series of contradictions and difficulties in the theory and practice, and is no satisfactory solution so far. Based on the consideration of the improvement and reform of Chinese cultural policy, this paper takes relevant disputes between Britain and America as a clue and analyzes the divergence and complexity about arts funded by the governments. Then combining with cultural transformation resulting from cultural industry development, it puts forward the theme of the cultural policy focusing on government subsidies.

Key words: government; art; subsidy; cultural policy

(责任编辑:海 林)